

# La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL

## Negative unionization freedom under question by SUNAFIL

**MARIO PASCO LIZÁRRAGA\***

Pontificia Universidad Católica del Perú  
(Lima, Perú)

Contacto: mpascal@estudiorodrigo.com  
<https://orcid.org/0009-0001-0817-7789>

**RESUMEN:** En este artículo examinamos el principio de igualdad y no discriminación en el Derecho del Trabajo, y específicamente en la forma como lo ha recogido recientemente la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral de SUNAFIL (la Sala) en su Resolución N° 741-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (la Resolución). Cuestionamos los criterios del Tribunal, y exploramos cómo, bajo el manto de la no discriminación, el resultado es precisamente el contrario, lo que además vulnera la ley y los precedentes judiciales sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** SUNAFIL, aumento de remuneraciones, discriminación, libertad sindical negativa, convenio colectivo.

**ABSTRACT:** In this article we examine the principle of equality and non-discrimination in Labor Law, and specifically the way in which it has been recently included by the First Chamber of the SUNAFIL Labor Inspection Court (the Chamber) in its Resolution No. 741-2022- SUNAFIL/TFL-First Chamber (the Resolution). We question the criteria of the Court, and we explore how, under the cloak of non-discrimination, the result is precisely the opposite, which also violates the law and judicial precedents on the matter.

**KEYWORD:** SUNAFIL, pay raise, discrimination, negative unionization freedom, collective bargaining agreement.

**Recibido:** 03/02/2023      **Aceptado:** 06/03/2023      **Publicado en línea:** 16/03/2023

**SUMARIO:** I Introducción. II. ¿Qué es discriminar a un sindicato? III. El VIII Pleno Jurisdiccional. Referencias.



\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex docente de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho y de la Seguridad Social del Perú. Socio en el Estudio Rodrigo Elías & Medrano.

## I. INTRODUCCIÓN

Si la sintetizamos de modo muy apretado, diremos que la Resolución – cuyo texto completo puede revisarse en <https://drive.google.com/file/d/1gqSmju0KIVVDhnKcOh3C2LQqSyDu5DKM/view> – confirmó las sanciones contra una empresa que había concedido un aumento unilateral de remuneraciones a los trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario, pero no a los afiliados a éste, mientras negociaba el pliego de reclamos presentado por el mismo.

Como consecuencia, dejó firmes la sanción económica y el requerimiento a la empresa para que *homologue* las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados, de modo que recibieran también el aumento de remuneraciones antes mencionado.

A efectos de trabajar nuestras concepciones de los principios de no discriminación e igualdad de trato y su incidencia sobre la libertad sindical, nos centraremos en dos esfuerzos argumentativos de la Resolución.

Para ello, nuestro análisis toma en consideración la dimensión asignada por la doctrina moderna a la libertad sindical en su ámbito individual. Comprendiendo que “la sustancia de la libertad sindical no se agota en lo derivado del derecho de asociación (construir un sindicato o no). Además, la materia de la libertad sindical incluye el derecho a desarrollar actividad sindical, porque ésta es el objeto de la libertad sindical [la cual] puede ser desarrollada aun por un solo trabajador y aun sin la existencia de organización sindical (...)” (Ermida Uriarte, 2012, p. 32).

En primer lugar, revisaremos y criticaremos sus consideraciones de fondo en cuanto a dichas materias. Luego, visitaremos la explicación que incluye la Resolución frente al alegato de la inspeccionada de que la resolución de la instancia previa irrespetaba el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, sobre extensión de beneficios convencionales a trabajadores no sindicalizados.

Nuestra crítica, en ambos casos, incide sobre cómo la Sala disecciona situaciones para tratar de modo distinto a supuestos que, conforme a la normativa que la rige, debieran ser objeto de respeto en los mismos términos. Al hacerlo, vacía de todo contenido el concepto de *libertad sindical negativa*.

## II. ¿QUÉ ES DISCRIMINAR A UN SINDICATO?

En la brevísima reseña de la Resolución que adelantamos en nuestro segundo párrafo, está el núcleo del caso.

La Sala tacha de discriminatorio el acto tal cual aparece descrito. Las premisas son objetivas y breves, en el criterio de la Sala ellas configuran la discriminación y no requieren de circunstancias especiales que, por ejemplo, denoten el ánimo trasgresor del empleador. El razonamiento opera como norma: si el empleador concede un aumento solo a los trabajadores no sindicalizados, está discriminando a los trabajadores sindicalizados, sin que importe que los sindicalizados tengan acceso a otro aumento que no corresponderá a los no sindicalizados, y presumiblemente a otros beneficios también privativos a ellos.

Las consideraciones de la Sala, cuando acoge las previamente planteadas por las autoridades e instancias inferiores, alcanzan una posición tan clara como extrema.

Había dicho la Intendencia de Lima Metropolitana<sup>1</sup> que “(...) esta Intendencia trae a colación lo señalado en el punto 28 del Informe Final, donde la autoridad instructora ha mencionado que es plenamente legítimo que los trabajadores sindicalizados logren mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo que no alcancen a los trabajadores no sindicalizados; ya que el ejercicio de la libertad sindical es voluntario. Por ende, debe tenerse en consideración que el empleador se encuentra obligado a brindar un tratamiento diferenciado entre sus trabajadores afiliados y no afiliados a una organización, en función al ejercicio de sus derechos colectivos; en consecuencia, toda acción del empleador dirigida a brindar un tratamiento compensatorio afecta ese tratamiento diferenciado”.

En este párrafo aparece la primera de las dos ideas que forman la tesis de la Resolución: lo que logra el sindicato minoritario para sus afiliados va mucho más allá de ser un elemento diferenciador tradicional, en el cual este término se limita a ser la justificación de una diferencia. Ahora, lo diferenciador (la sindicalización) ha pasado a ser un valor en sí mismo: no es ya simplemente que como el elemento está presente la diferencia que puedan establecer las partes es válida,

1 Punto 1.5 de la Resolución

sino que la presencia del elemento (la sindicalización) hace que la diferencia sea imperativa, que no pueda haber igualdad entre los sujetos comparados.

La Sala nos dice con todas sus letras que si hay un sindicato minoritario los trabajadores sindicalizados tienen que ganar más que los trabajadores no sindicalizados.

Revisemos esto.

Si hay un sindicato mayoritario, que en nuestro país por definición representa todos los trabajadores del ámbito, en principio todos ellos ganarán lo mismo. Cabrá discutir que el convenio colectivo pueda excluir explícitamente de alguno de sus beneficios principales, o de todos ellos, a los trabajadores no sindicalizados o a los afiliados a otro sindicato, pero ello no sucede normalmente, y chocaría con la máxima sentada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que el sindicato mayoritario tiene que adoptar para su negociación colectiva los planteamientos que recabe de los otros sindicatos. La regla general, la normalidad, será que todos ganen lo mismo.

Pero si el sindicato es minoritario, la Sala nos dice que sus afiliados tienen que ganar más que los no afiliados.

Cualquier elemento igualador es una discriminación. Nuevamente: igualar es discriminar, y el motivo es que el elemento diferenciador es el origen sindical del beneficio.

A primera vista, suena irracional, lo que nos causa incomodidad, ciertamente preocupación. Pero cuando examinamos el planteamiento a la luz de la normativa, la conclusión afortunada es que el criterio de la Sala es abiertamente ilegal. Esto nos insinúa que nuestra ley no es absurda, lo que siempre es un buen comienzo.

Los artículos 3 y 4 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que son desarrollo legislativo directo del artículo 28 de la Constitución<sup>2</sup>, recogen, reco-

2 “Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. -- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos

nocen y consagran tanto la libertad sindical “positiva” como la libertad sindical “negativa”, bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 3.- La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo.

Artículo 4.- El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.”

El artículo 4° recién transcrito consagra un mandato explícito, que extiende al estado, de no “coactar, restringir o menoscabar” el derecho de sindicalización, que a su vez acaba de ser determinado como el de “afiliación, no afiliación o desafiliación”.

En ese contexto, tomaremos como criterio que “el concepto de libertad sindical ha evolucionado notoriamente, ya que mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento de derechos de los individuos a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo, incluyendo derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer) (...)”. (Ermida Uriarte, 2012, p. 29).

Así, la libertad sindical positiva, empezando por la denominación, puede estar más próxima a los corazones de los laboristas, o incluso más cercana a las *preferencias* de los legisladores y los distintos operadores del derecho, pero en nuestro sistema – y en la lógica - la libertad sindical negativa es también libertad sindical.

Partamos por la lógica.

La noción de libertad es indesligable del concepto de *elección* o *decisión*. Sea que se trate de un individuo, o de un grupo, el sujeto solo estará ejerciendo la libertad, solamente la tendrá respecto de un acto, cuando éste se lleve a cabo en base a una decisión propia de ese sujeto.

---

laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

Si el acto depende de otra voluntad, como la de una autoridad, otro individuo, o de una norma, ya no es un acto *libre*, sino impuesto. Y la libertad no está compuesta de actos impuestos; los hechos o actos impuestos son lo contrario de los libres.

En este entendido, para que la sindicalización sea libre, ésta tiene que depender de la voluntad de los grupos o los individuos. Modestamente, pensamos que tiene que depender de las voluntades de los grupos, y también de la de los trabajadores individualmente considerados.

Pues bien, si de cualquier forma un trabajador se ve impedido de formar parte de un sindicato, es claro que no estará actuando de forma libre, en tanto que queda excluido del mismo contra su voluntad.

Si ese mismo trabajador es obligado o compelido de cualquier forma a formar parte de un sindicato, tampoco estará actuando de forma libre, en tanto que estará siendo forzado a integrarlo contra su voluntad.

La libertad sindical es la libertad sindical positiva, pero la misma libertad sindical no existe, no puede existir, sin la libertad sindical negativa. Y para que ambas vertientes sean efectivamente respetadas, los criterios de verificación deben ser los mismos. Si la libertad sindical positiva se reputa violada cuando algún acto de un tercero, empleador o del Estado entorpece *directa o indirectamente* el ejercicio de la voluntad del trabajador, se tiene que aceptar también como violada la libertad sindical negativa cuando algún acto de un tercero, empleador o del Estado compele directa o indirectamente el ejercicio de la voluntad – en sentido opuesto, en este caso – del trabajador.

Pasemos ahora a la definición base del concepto, planteada por académicos mucho más autorizados que el autor:

“(…) la libertad sindical se desglosa en sus dos vertientes individual y colectiva en atención a la titularidad de los diversos derechos que configuran aquella, pudiéndose reconocer en ambas una perspectiva dinámica de tal libertad (derechos de actividad), junto a una estática (derechos de afiliación individual y organización colectiva). Así, se habla de la libertad sindical individual respecto del grupo de derechos cuyo titular no es otro que el trabajador individual, y que suponen, básicamente, el derecho a fundar sindicatos y el derecho a afiliarse, o no hacerlo, al sindicato de libre elección, ya constituido, sin olvidar el derecho

de los trabajadores afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato, así como el derecho a la actividad sindical (Valdeolivas García, 1994, pp. 46-47).

Luego, Operti y Marabotto, nos ayudan a entender mejor la distinción:

“De lo señalado puede concluirse que la libertad sindical positiva consiste en el derecho de los trabajadores de asociarse de manera de defender y reivindicar, en forma conjunta, sus derechos e intereses, quedando amparada toda la acción sindical. Por su parte, la libertad sindical negativa, consiste, en el derecho del trabajador a no formar parte de un sindicato o desafiarse al mismo

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el reconocimiento de la libertad sindical positiva. No obstante, no sucede lo mismo con la libertad sindical negativa. Ello se debe a diversos factores. En primer lugar, a la falta de reconocimiento expreso por parte del Convenio 87. En segundo término, a su contrariedad con las cláusulas sindicales, muy comunes en el mundo anglosajón. Finalmente, también es resistida por los sindicatos y la doctrina en tanto derecho meramente individual.” (Operti, P., & Marabotto, A, 2012, p. 40)

Convendremos, desarrollando esta explicación, que, si en un país la libertad sindical sí está recogida normativamente, funciona y debe ser reconocida y protegida por los operadores del derecho.

En nuestro país la existencia de la libertad sindical negativa está fuera de discusión:

“(…) si bien no se encuentra consagrado específicamente en nuestra Constitución ni en alguno de los Convenios de la OIT sobre la materia, si es incluido expresamente en el artículo 3 del TUO, cuando refiere que: “No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo”. Asimismo, el propio Código Penal en su artículo 168 incluye la pena correspondiente para todo aquel que “(…) mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”, en esencia el delito supone criminalizar aquella conducta que mediante violencia o amenaza, obliga, coacciona o compele a un sujeto para que realice algún supuesto del tipo penal, en este caso hacemos clara referencia a la defensa de la libertad sindical visto desde su aspecto negativo. Con ello, queda demostrado que respecto a la libertad sindical en su esfera individual nuestro ordenamiento jurídico prohíbe cualquier tipo de imposición

de sindicación, ya sea de manera directa o automática o indirectamente a través de cláusulas sindicales que condicionen el acceso o el mantenimiento de un puesto de trabajo a la afiliación de un sindicato” (Matos Zegarra y Manrique Valdivia, p. 78).

Por ende, sin perjuicio de que la normativa pueda establecer reglas específicas para la primera – lo que en nuestro concepto requerirá una fórmula explícita e indubitable, que rompa la regla de igualdad por defecto de la norma matriz – la libertad sindical negativa tiene que ser respetada, lo que supone aceptar que el estado debe abstenerse de todo acto que pueda coactar, restringir o menoscabar el derecho de los trabajadores de no afiliarse o desafiliarse de un sindicato.

La concepción de la Sala que revisábamos, conforme a la cual los trabajadores sindicalizados tienen que ganar más que sus pares no sindicalizados, es manifiestamente contraria a esta ley.

Nuestra discrepancia con este criterio se amplía cuando advertimos el mecanismo que utiliza la Sala para remediar la pretendida discriminación, derivado de previos sindicales en esa tónica. La Sala ordena al empleador la *homologación* de remuneraciones.

276

Homologación, en el mundo estándar, consiste en igualar. En el diccionario de la Real Academia Española, es “*equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas*”. Laboralmente, en el extremo ideal, alude a la isonomía salarial, en la que a misma labor prestada en las mismas circunstancias corresponde la misma retribución.

La Resolución dice estar haciéndolo, presentando el aumento unilateral a los trabajadores no sindicalizados como una medida que discrimina a los trabajadores sindicalizados, dado que estos no lo recibieron. Ordena entonces a la empresa que se los pague también, de modo que la discriminación, la desigualdad, quede remediada.

La mecánica fluctúa entre dos vehículos. De un lado, el recién expuesto en el párrafo inmediato precedente: el aumento unilateral desigual, y por lo tanto hay que igualar. Para este camino, la Resolución tiene que hacer como si la negociación colectiva que genera los aumentos y beneficios a los trabajadores afiliados al sindicato – solo a ellos, por ser minoritario – no fuera relevante, como si – digamos – no existiera. La eliminación del hecho del mundo visible

opera no en base a hechos, sino a la voluntad de la Sala, cuando dice en el punto 1.5.ii de la Resolución, refiriéndose a los trabajadores sindicalizados, que “estos tienen derecho a obtener los beneficios producto de sus esfuerzos como sindicalizados, que es una fuente distinta a la del otorgamiento unilateral que haga la inspeccionada en aplicación de sus políticas internas”. Como el origen de la desigualdad es legítimo, entonces es como si la desigualdad no existiera.

El otro vehículo que usa la Resolución discurre un camino distinto, mucho más directo, que consiste en llegar directamente al mismo resultado: el derecho sindical a la desigualdad.

Plantea entonces repetidamente que el aumento a los trabajadores no sindicalizados es por su condición de tales, y que la exclusión del mismo de los trabajadores afiliados al sindicato es por su condición de sindicalizados, como si el criterio de distinción fuera la actividad sindical en sí misma, o la actividad sindical en general, y no, como sucede en la realidad, por el acceso a la negociación colectiva.

La negociación colectiva es una de las consecuencias y ventajas de la sindicalización, pero no hay una equivalencia exacta entre ambos derechos o situaciones. Hay trabajadores que acceden al producto de la negociación colectiva sin estar sindicalizados, y también hay trabajadores sindicalizados que no tienen acceso a la negociación colectiva como tal, o tienen acceso parcial a ella o a su producto. Simplemente pensemos en los trabajadores no sindicalizados que están en el ámbito de un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario, o en los trabajadores afiliados a un sindicato minoritario en un ámbito en el que opera un sindicato mayoritario.

No en vano el Comité de Expertos de la OIT ha sentado el criterio de que “En el caso en que algunos convenios colectivos se aplicaban solo a las partes contratantes y a sus afiliados y no a todos los trabajadores, el Comité consideró que se trata de una opción legítima como también podría serlo la contraria que no parece violar los principios de la libertad sindical, y que además es seguida en muchos países” (Comité de Expertos OIT, 2022).

En el caso específico, si el evento es la concesión de un aumento a los trabajadores no sindicalizados *mientras el sindicato está negociando su pliego de reclamos*, el elemento diferenciador principal relacionado con este último escenario no es

la actividad sindical genérica, sino la existencia de una negociación colectiva que, por definición, generará efectos beneficiosos a un colectivo limitado, configurado por los beneficiarios de esta última.

Que los dos grupos – trabajadores beneficiarios del convenio colectivo y trabajadores afiliados al sindicato – estén integrados por las mismas personas, no hace que el primero de ellos deje de existir o deje de tener relevancia para efectos de la discusión.

En la realidad, pues, el beneficio a los trabajadores no afiliados al sindicato constituye una igualdad, no una diferenciación. De allí que, como adelantábamos, la Sala termina diciéndonos que la concesión de un beneficio que iguale a los trabajadores no sindicalizados con los sindicalizados, es una discriminación de estos mismos, y que homologarlos consiste en realidad en diferenciarlos, no por un motivo que incida sobre la forma de su trabajo o el producto del mismo, sino por el hecho de estar afiliados o no a un sindicato.

La Resolución parece ingresar a una dimensión *cuasi cuántica*, en la cual un objeto puede estar en dos estados al mismo tiempo. Donde igualar significa un acto de discriminación, cuyo remedio, que es homologar, consiste en implantar una disparidad.

Peor aún, la Sala quiere imponer la disparidad en desmedro de los trabajadores que, por no estar sindicalizados, no tienen acceso a la negociación y otras medidas de revisión de remuneraciones y beneficios a las que sí pueden recurrir y recurren los sindicatos.

La Sala quiere que quienes no se sindicalizan ganen menos. La única explicación posible, y que no signifique un inconcebible ánimo de perjudicar trabajadores en la Sala, es que ésta piensa que implanta el criterio por el bien de todos los trabajadores, los no sindicalizados incluidos. Ese hacer el bien, empero, consiste en inducir, requerir, persuadir o impulsar – podremos discutir durante horas cuál es la palabra correcta – que estos últimos se afilien al sindicato, o a otro sindicato, o formen otro sindicato. Si no lo hacen, tienen que ganar menos que los sindicalizados.

No vemos diferencia entre ese acto del Estado, representado por la Sala, y el acto de coactar, restringir y menoscabar que un trabajador ejerza su derecho a la libertad sindical *negativa*.

### III. EL VIII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL

La instancia inferior, y la Resolución, presumiblemente frente a airados reclamos de la empresa inspeccionada, distinguen el criterio que están implantando del sentado en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (en adelante, “el Pleno”), basándose en que se trataría de supuestos y escenarios distintos entre sí.

El Acuerdo II de dicho Pleno determinó:

“No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no estén afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, salvo que el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores; siempre y cuando se refieran solamente a beneficios laborales más favorables al trabajador (...)”.

La diferencia, mantiene la Resolución, es que en el caso inspeccionado no se trató de la extensión de los efectos de un convenio colectivo a los trabajadores no afiliados al sindicato minoritario, sino de la concesión de un aumento mientras el sindicato estaba recién negociando su pliego de reclamos.

En efecto, para plantear que se trate de una extensión de los beneficios convencionales, tendría que aceptarse que es una extensión anticipada, de beneficios aún no existentes, y eso en efecto hace que el caso sea distinto.

Pero que el caso sea distinto no quita que la Resolución tenga como base indisponible un criterio absolutamente incompatible con el fijado por el Pleno.

Recordemos que la Sala considera que los afiliados al sindicato minoritario tienen que ganar más que los trabajadores no afiliados. Que –citamos nuevamente a la instancia inferior– “el empleador se encuentra obligado a brindar un tratamiento diferenciado entre sus trabajadores afiliados y no afiliados”, por lo que “toda acción del empleador dirigida a brindar un tratamiento compensatorio afecta ese tratamiento diferenciado”.

Esta máxima, que es el resultado inexorable, ineludible de la mecánica de “homologación” forzada por la Sala, no permite que el empleador “extienda los efectos del convenio colectivo del sindicato minoritario a los demás trabajadores”, como permite el Pleno.

En el criterio que lleva a la Resolución, y en el resultado al que lleva ésta, el Pleno “discrimina” a los trabajadores sindicalizados, al no imponer éste la diferencia de remuneraciones a favor de los trabajadores sindicalizados.

La discrepancia, empero, no es solo con el Pleno. Antes y después de la adopción de éste de modo unánime por los vocales supremos, varias sentencias de la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República habían admitido la posibilidad de que los empleadores concedan beneficios o mejoras a los trabajadores que no tienen acceso a los beneficios de la negociación colectiva.

Ello, empero, no fue un camino directo o simple.

La respuesta judicial a la materia que tratamos ha sido, en efecto, fluctuante. A lo largo de pocos años, las cortes emitieron pronunciamientos conforme a los cuales, tratándose de sindicatos minoritarios:

- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados es obligatoria.
- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados es posible, voluntaria.
- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados podría estar prohibida.

Peor aún; como veremos, en el último caso, el posible criterio, que llevaría a una modificación fundamental de los precedentes, no llegó a estar claro en cuanto a su existencia misma, hasta que fue dirimido por el Pleno.

Pasamos a exponer y tratar esta sucesión de criterios.

#### Situación original.-

La idea tradicional fue que, si el sindicato representa únicamente a sus afiliados, es solo para éstos es “en cuyo nombre se celebró” la convención colectiva, que es el texto que usa la ley. La convención colectiva, por lo tanto, no es de aplicación directa u obligatoria a personas en cuyo nombre no se celebró.

Esa fue la aplicación pacífica de la LRCT a lo largo de sus primeros 20 años de existencia.

Primer cambio: Extensión obligatoria.-

A fines de la década de los 2000, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió varias sentencias cuya vocación fue trastocar lo recién expuesto.

En dos de las indicadas, sentencias (2864-2009 y 602-2010), la Sala obligó a una empresa textil (UNIVERSAL TEXTIL) a pagar los beneficios emanados de un laudo arbitral producido en un procedimiento seguido por un sindicato minoritario, a un trabajador que no estaba ni había estado afiliado a este.

Para ello se basó en consideraciones que asumían como discriminatoria la exclusión de trabajadores en circunstancias similares, como lo serían los afiliados y los no afiliados. Es decir, puso la isonomía laboral por encima de la autonomía colectiva.

En otra sentencia, expedida contra SENATI, la misma Sala dictó que el artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo solo se aplica cuando hay varios sindicatos, pero no cuando el sindicato es único. En este último caso, lo que se pacte con éste se aplica a todos los trabajadores, incluyendo los que no sean sus afiliados, a pesar de que no sea mayoritario.

Estos razonamientos eran tan ilegales, e ilógicos.

En lo primero, porque la circunstancia de que una persona o entidad represente a otra sin un mandato voluntario, expreso y explícito, es absolutamente excepcional, casi privativa del derecho colectivo del trabajo, y por lo tanto tiene que provenir de una fuente normativa indiscutible. En realidad, lo extraño no es que el Sindicato no represente a algún grupo de trabajadores cuando no es mayoritario; lo especial, lo que solo existe en nuestra disciplina, es que en algún caso (según nuestra norma, cuando agrupa a la mayoría) represente a quienes no son sus miembros ni le han conferido representación.

El artículo 9° de la LRCT no puede leerse partiendo de que el Sindicato tiene la representación de la totalidad de los trabajadores, pues no la tiene. La norma le confiere esa representación en un caso especial: el de la mayoría absoluta.

No aplicar un convenio colectivo a quien no está afiliado al Sindicato en forma alguna “lo discrimina”. Si ese trabajador quiere beneficiarse de las ventajas

que obtenga el Sindicato, puede hacerlo; para eso tiene la libertad irrestricta de afiliarse a la organización.

Segundo cambio.- La extensión puede ser cuestionable, pero es válida.-

En la misma época de las resoluciones antes reseñadas, El Tribunal Constitucional emitió una serie de resoluciones sobre la extensión de los convenios colectivos.

En un proceso seguido contra ALICORP (Exp. N.º 02974-2010-PA/TC), el Tribunal Constitucional determinó que no hay trato discriminatorio en el otorgamiento de aumentos a los trabajadores no sindicalizados, en tanto que los trabajadores sindicalizados tienen (tengan) acceso a aumentos a través de su negociación colectiva. Si suena conocido, es porque se trata de una máxima exactamente contraria a la que ha sostenido el Tribunal en la Resolución que hemos venido comentando.

Ciertamente, el propio Tribunal Constitucional introdujo matices adicionales sobre este aspecto, los que plasmó en su sentencia emitida en un proceso de amparo seguido contra GLORIA S.A. (Exp. 2476-2010-PA/TC).

282

A diferencia del primer pronunciamiento, que fue más bien escueto, en este segundo caso el Tribunal emitió una sentencia muy extensa, que trató a fondo lo que considera aquél es un acto antisindical, y lo que es el derecho a la igualdad.

El Tribunal califica acertadamente como antijurídico todo acto *cuya finalidad sea fomentar* la desafiliación de trabajadores, o la no afiliación de los mismos, y para el caso específico, el Tribunal concluyó que había habido acto de discriminación “contra los trabajadores afiliados cuando en plena tramitación de una negociación colectiva, el empleador decide entregar incentivos económicos a los trabajadores condicionando éstos a que no se encuentren sindicalizados”.

Pero, como hemos adelantado ya, no es lo mismo tener regímenes distintos de fijación de remuneraciones, que puedan mostrar diferencias prudenciales en montos u oportunidades, que favorecer a un grupo sobre el otro.

Si el resultado de una negociación se va a aplicar como mejora a toda la empresa, y ésta adelanta dinero a cuenta de aquella únicamente a los no sindicalizados, es claro que los está prefiriendo, y por lo tanto está discriminando a los trabajadores sindicalizados.

Pero la extensión como tal, si va a significar simplemente tratamientos diferenciados en función a regímenes distintos de fijación de las remuneraciones, vale decir fundados o no en la negociación colectiva, no tiene que ser ilegítima.

En todo caso, el criterio del Tribunal Constitucional que fluye de las dos sentencias que hemos citado, supuso que para determinar si el acto de una empresa tenía o no finalidad de discriminar, tuviera que examinarse las circunstancias, lo que resulta indispensable si de lo que se trata es de definir intenciones.

El criterio de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional para Alicorp permanece, y tiene que ser un elemento muy fuerte, definitorio, para resolver cualquier duda.

Tercer cambio.- La extensión podría estar prohibida.-

Durante la segunda mitad de la década pasada, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que es la que se ocupa de los asuntos laborales más importantes, emitió una seguidilla de sentencias en las que parecía poner en cuestión la legitimidad de la extensión unilateral de beneficios a trabajadores no sindicalizados, en dos etapas.

En la primera, iniciada con la sentencia emitida en el Exp. 12885-2014 (caso seguido contra CORPAC), la Sala planteó que *“cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados del mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a una organización sindical, pues de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”*.

Ahora bien, dicho fundamento no tenía que llevar a entender que estaba prohibido extender *voluntariamente* los beneficios pactados en el convenio colectivo. Dicha interpretación – que fue muy extendida – provenía de un análisis superficial de los hechos materia de casación, generando una lectura errónea del fallo contenido en la sentencia.

En efecto, en dichos procesos se discutía la pretensión planteada por trabajadores demandantes no afiliados a los sindicatos minoritarios, que solicitaban se les concedieran los beneficios del convenio colectivo de manera obligatoria, es decir, sin una decisión de la Empresa al respecto o, lo que es lo mismo, sin una

extensión voluntaria de sus beneficios. Era una discusión como la que se había dado en los casos de UNIVERSAL TEXTIL (en el primero de los cambios de criterio), pero con resultado de signo completamente opuesto.

La sentencia en el caso de CORPAC estableció que el convenio colectivo tiene eficacia limitada cuando es suscrito por un sindicato minoritario, de manera que su ámbito de aplicación se circunscribe a los trabajadores afiliados, que es exactamente lo que dice la ley.

No se pronunció – ni debía hacerlo, pues no era el caso que se le estaba sometiendo – sobre los supuestos en los que el empleador decide extender voluntariamente el otorgamiento de uno o más beneficios de un convenio colectivo a trabajadores no afiliados, precisamente porque se discute la situación diametralmente opuesta.

De hecho, en la sentencia del caso CORPAC y sus derivadas (la casación 12901-2014 (que elevó el considerando antes transcrito a la categoría de doctrina jurisprudencial y 1315-2016), la Corte Suprema daba la razón a las empresas demandadas, que no habían extendido sus convenios colectivos firmados con sindicatos minoritarios.

Posteriormente, en la casación 16995-2016, la misma Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social ahondó o amplió su razonamiento, como sigue:

“(…) cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no puede extender los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, salvo disposición en contrario expresa en el propio convenio colectivo, o cuando limite al trabajador su ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical individual positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato”.

Nuevamente era un caso en que se discutía la extensión forzosa, no voluntaria por el empleador, del convenio colectivo. Tanto así que la segunda “excepción” que planteó la sentencia al principio de que no existe aplicación extensiva, versaba sobre el escenario en que el trabajador no ha podido sindicalizarse, en el caso específico porque no estaba registrado en planilla.

De hecho, la Sala se puso en el problema que supone dicho escenario cuando hay más de un sindicato, y lo resolvió determinando que se aplique el convenio colectivo más favorable.

Una vez más, pues, el lenguaje utilizado parecía apuntar a que la Corte Suprema era contraria a la extensión de los convenios colectivos de los sindicatos minoritarios, pero no había resuelto la extensión unilateral o voluntaria por parte del empleador.

Un “Pleno Jurisdiccional” de los jueces de Lima Metropolitana acogió el texto de las sentencias de la Segunda Sala Laboral tal cual venía, y, nuevamente, la tesis contra la que se opuso el criterio adoptado no era que es válido extender voluntariamente el convenio, sino que el mismo tenga que extenderse en base al principio de igualdad.

El asunto, pues, tuvo vaivenes, pero finalmente se decantó en el sentido – esta vez sí sentado con toda claridad – del Pleno.

Que la Resolución lo ignore no está bien, como tampoco está bien que ignore los varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República que consistentemente han sentado los dos criterios que planteábamos en la primera parte del presente artículo, a saber (i) que no es discriminación conceder beneficios solo a quienes no tienen acceso a la negociación colectiva, precisamente por estar preteridos de la misma (aunque sea por voluntad propia, y (ii) que igualar no es discriminar, sino todo lo contrario, es decir, que igualar es igualar.

En su sentencia del 7 de mayo del 2014<sup>3</sup>, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la demandada, expresando:

*Fundamento décimo sexto: “(...) no existen diferencias económicas entre los trabajadores afiliados al Sindicato demandante, el Sindicato de Trabajadores Obreros de SPCC (STOI), el Sindicato de Empleados de la Refinería de Cobre Ilo (SERCUI) y los trabajadores no sindicalizados, mucho menos discriminaciones, toda vez que se puede verificar que la demandada otorgó la gratificación extraordinaria de S/ 8,000.00 con la finalidad de eliminar toda diferencia económica percibida por sus*

3 Casación Laboral N° 10766-2013 Moquegua: Sindicato Unificado de Trabajadores de Southern Peru- Ilo contra Southern Peru

*trabajadores generadas por el beneficio denominado bolsa de cierre de pliego (...) lo que dio como resultado que todos los trabajadores de la empresa reciban la misma cantidad de dinero”.*

Esta sentencia fue impugnada por la organización sindical a través de un proceso de amparo. El Tribunal Constitucional, en su STC N° 0553 -2016 -PA/TC (3.10.19), desestimó la demanda y validó el criterio de la Corte Suprema.

La sentencia del 18 de enero del 22<sup>4</sup>, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, declaró fundado el recurso de casación de la empresa, expresando:

*Fundamento décimo: “(...) no existe en la legislación peruana norma alguna que faculte al empleador a “extender” los alcances de un convenio colectivo a trabajadores que no fueron parte del mismo, debiendo entenderse que a lo único que se encuentra facultado es a otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros pero como un acto derivado de la voluntad unilateral de la parte empleadora.*

*Fundamento undécimo: “Asimismo, siendo pagos de naturaleza diferente el Bono de Integración y el Bono por Cierre de Pliego, el hacer extensivo el pago del primer beneficio nombrado a los trabajadores sindicalizados por considerarlo discriminatorio, constituiría un error que desalentaría la posibilidad que el empleador pueda unilateralmente otorgar mejoras a los trabajadores que ejercen su derecho a la libertad sindical negativa, por tal motivo, este Supremo Colegiado considera que no existe ninguna conducta antisindical por parte de la empresa demandada”.*

En sentencia del 13 de diciembre del 2018<sup>5</sup>, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema había declarado fundado el recurso de casación interpuesto por la empresa, por lo siguiente:

*Fundamento décimo quinto: el empleador “se encuentra facultado a otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros, pero como un acto derivado de la voluntad unilateral de la parte empleadora”*

*Fundamento décimo sexto: “Que, siendo pagos de naturaleza diferente el Bono de Integración y el Bono por Cierre de Pliego, el hacer extensivo el pago del primer beneficio nombrado a los trabajadores sindicalizados por considerarlo discriminatorio, constituiría un error que desalentaría la posibilidad que el empleador pueda unilateralmente otorgar mejoras a los trabajadores que ejercen su derecho a la libertad*

4 Casación Laboral N° 24304 -2019 Lima: Hermógenes Balladares Rosillo contra Compañía Minera Barrick Misquichilca S.A.

5 Casación Laboral N° 20956-2017 Lima: Sindicato Único de Trabajadores Empleados de Compañía Minera Barrick Misquichilca S. A. contra Compañía Minera Barrick Misquichilca S.A.

*sindical negativa, por tal motivo este Supremo Colegiado considera que no existe ninguna conducta antisindical por parte de la empresa demandada, siendo el caso que si la organización sindical demandante lo tiene por conveniente podrá proponer en una próxima negociación colectiva el negociar el pago del Bono de Integración, sin perjuicio de percibir a la vez el Bono por Cierre de Pliego”.*

Esta sentencia fue impugnada por el sindicato demandante a través de un proceso de amparo. El Tribunal Constitucional, en la STC N° 02789 -2021 -PA/TC (10.03.22), desestimó la demanda y validó lo resuelto por la Corte Suprema.

La tenacidad es una virtud. Pero tratándose de la determinación del derecho, no podemos alabar la persistencia del Tribunal en contradecir las fuentes más calificadas de fijación de criterios interpretativos y forzar a los administrados a la vía judicial. Reflexionemos sobre lo siguiente:

“En definitiva, no toda afectación negativa de los derechos sindicales puede ser calificada como lesión y, por ende, antisindical en sentido técnico-jurídico, sino que, más correctamente, sólo merecerá aquella denominación la que no esté permitida por el ordenamiento; esto es, la que incorpore la nota de la anti-juridicidad. Dicho carácter antijurídico presupone, por decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, no tanto la reducción o limitación de las posibilidades de acción de un sindicato, sino que aquéllas tengan «su origen en una decisión contraria a la ley o claramente arbitraria e injustificada» 29. Lo que significa negar la calificación de antisindicalidad a los ataques producidos contra los derechos sindicales que se apoyen en motivaciones jurídicamente aceptables como consecuencia del juicio del legislador acerca de su razonabilidad o justificación” (Valdeolivas García, 1994, p. 75).

#### IV. CONCLUSIÓN

El Tribunal está creando reglas donde no las hay, y aplicándolas sin un examen de la situación existente en la realidad específica inspeccionada.

Al hacerlo, no está protegiendo realmente la actividad sindical como tal, sino dotando de herramientas adicionales a las que el ordenamiento confiere a la organización sindical, para interferir en la afiliación o no afiliación sindical. Es decir, lo contrario de lo que fluye del ordenamiento vigente.

Esta tendencia resulta preocupante más allá del caso concreto, porque transparenta una concepción de la libertad sindical en la que ésta no es gestionada y hecha progresar por los trabajadores, sino por la autoridad.

En nuestro sistema, los sindicatos pueden obtener avances para sus afiliados con prescindencia de su envergadura o acción gremial, a través del altamente cuestionable *arbitraje potestativo*. Sobre eso, la Resolución quiere dotar al sindicato minoritario de un poder de veto sobre los beneficios de quienes decidan no afiliarse. Nada hay de bueno en esto, en nuestro concepto, para ninguno de los involucrados.

## REFERENCIAS

Ermida Uriarte, O. (2012). *Sindicatos en Libertad Sindical*. Edición ampliada con La protección contra los actos sindicales, primera lectura de la Ley 17.940 de protección de la actividad sindical y crítica de la libertad sindical. Ed. (4). Montevideo: Uruguay.

Matos Zegarra, Mauricio & Manrique Valdivia, Fiorella (2020). Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa. *Revista Laborem* 22(20). Lima: Perú. Recuperado a partir de <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-71-86.pdf>

288

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (consulta 13 de diciembre de 2022). Negociación Colectiva. En *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (cap. 15). Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002\\_HIER\\_ELEMENT\\_ID,P70002\\_HIER\\_LEVEL:3947747,1](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3947747,1) (consulta 16 de diciembre de 2022). Protección contra la discriminación antisindical. En *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (cap. 13). Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002\\_HIER\\_ELEMENT\\_ID,P70002\\_HIER\\_LEVEL:3946840,1](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3946840,1)

Opertti, Paola, & Marabotto, Andrés. (2008). Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. *Revista De Derecho*, 7(14), 37-52. Recuperado a partir de <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/777>

Valdeolivas García, Y. (1994). *Las Conductas Lesivas de la Libertad Sindical*. Madrid: España.